



从理念渊源看自首

孙万怀 苏惠渔

《尚书·康诰》曾经告诫司法者：“乃有大罪，非终，及为眚灾，适尔，既道极厥辜，时乃不可杀。”依照明代丘俊的说法，此后世律自首者之条所自出也。[1]自首制度作为刑法中的一项古老的制度在我国自此发轫，对于维护国家的刑罚权逐渐显示出强大的生命力，并且长期发挥着巨大作用。在现代社会中，由于犯罪的方法、手段与技术日益复杂，发现犯罪以及收集证据日益困难，为了及时发现犯罪、惩治犯罪，鼓励犯罪分子认罪循法，及时对犯罪分子进行法律制裁，自首依然在当代国家刑事立法中被作为一项重要的制度加以继承并被赋予了新的意义。我国1997年刑法的自首制度的设定就是一种继承前提下的展拓。刑法第4章刑罚的具体适用，专门将自首立功作为一节内容。然而在司法实践中，对于自首的内容以及方式认定方面存在着一系列的分歧，直接影响到当事人刑事责任的追究。多数争议都是就要素论证要素，忽略了自首的法源性因素，因此不能正确地界定自首的行为内容和方式。

一、从矫正的公正看自首的实质

在中国古代，法作为一种文字本身包含着“平之如水”和“触不直者取去之”的内容，公平、公正、正直成为法的根本要求和追求，成为其合理性的精神和精髓。在西方世界，justice一词成为法律和司法中的一个常见、广泛的和重要的词汇，其包含着公平、正义、公正、法律制裁、司法、审判、法官等含义。甚至还有“承认某人（某物）的价值的含义”[2]。尽管物以类聚，人以群分，不同的群落对于正义、公平的内涵理解带有群际偏见，但是对于其基本概念本身作为法律和司法的崇高要求则没有异议。如果中国“法”的含义说明了法律的正义渴望，西方的“justice”则表达了司法正义的关联。正义、公正的追求就象经济学中的“帕累托境界”一样，资源和财富在每一种用途和每一个人之间实现了最佳配置，以至于没有一个人愿意改变这种状态，但是“帕累托境界”的前提是“完全竞争”、“交易费用为零”、“完善信息”等。这需要社会道德信念和制度信念的支持，但是这个社会是一个稀缺社会，因此均衡、平衡成为一种基本要求。正义、公正同样需要完美的制度支撑，遗憾的是人本身的局限性决定了其只是一种追求的境界。

经济学中有一个原理，称为“小鸡原理”：甲乙两人在同一线路上相对高速行驶，如果谁临场胆怯避让对方驶来的车，就会被讥讽为“小鸡”。于是双方面临四种选择：（1）双方都不避让，致使双方同归于尽，成就了死亡“英雄”；（2）甲避让乙，乙成为活着的英雄，甲则成为小鸡，成为乙讥讽的对象；（3）乙避让甲，甲成为活着的英雄，乙则成为小鸡，成为甲讥讽的对象；（4）甲乙同时避让，两人都成

为“小鸡”，均获得自保，同时双方行为不具有价值的差异。其中选择（1）的代价最为沉重，或者说可以说最无意义，没有差异则没有英雄，选择（4）虽然同样没有产生英雄，但代价最低，选择（2）、（3）的结果从某种意义上说也是任何一方都不愿看到的，因为必将有一方沦为“小鸡”，一方要无代价地成为英雄，就要依赖于对方的胆怯和临阵退让，但对方是否临阵退让，却无法预知，仍有可能同归于尽。

“小鸡原理”不仅是经济学中的一种现象，而且在国家权力的领域也普遍得到印证，在一些理论看来，社会正义概念本身尽管无法否定，但正义最终都是人格化的，“在一个指令性或‘命令性’的经济体中（比如说在军队中），个人是按照命令行事的；因此，‘社会正义’只有在这样一种经济体中才能获得某种意义，而且也只有在一个中央指导计划的制度中，某种社会正义的观念才能得到实现”[3]“当规范使得各种社会生活利益的冲突要求有一恰当的平衡时，这些制度就是正义的。”[4]这种思维方式是人类社会从小群体的熟人社会向开放且非人格的陌生人社会过程过渡中仍然存在的烂漫思维。开放社会中的具体正义观实际上是对矫正正义的一种矫正。这种矫正是建立在这样的前提下：权力本身存在着对正义的理解，而这种理解是人的理解，因此无法保证这些理解的正确性，即使这些理解是正确的，也无法保证权力的行使不出现偏差和局限。这种偏差在刑事法领域表现为对于事实和法律适用的错误，这种局限表现为发现犯罪的能力不足或对待犯罪的无能为力。因此公正对效率的妥协便具备了生存的空间。刑法规定了罪刑法定原则、罪刑相适应原则和适用刑法人人平等原则，但是刑法中诸如自首等许多规范不是三大原则所能够解释的。我们认为现代刑法乃至刑事法律还浸润着其它丰富的现代刑事理念精神，包括权力平衡的理念和人道主义的理念等。二者都是权力与权利之间相互妥协的结果。纯粹的司法公正往往是立法者与民众的良好夙愿，在现实的挤兑下时时被扭曲而变得不伦不类。因此旨在寻求正义的妥协的协商性司法制度逐渐被人们所接受。这种妥协或者说是合作在刑法中表现为自首、立功、时效、赦免等制度，表现为对于特定对象的特殊待遇等。在刑事程序法中表现为辩诉交易、污点证人制度、简易程序等制度，甚至包括刑事和解制度以及对于被害人的利益的维护等，表现为一系列的人道主义措施。其中自首实际上既包括实体法的内容，也是刑事诉讼程序中的一项重要制度。自首在中国的刑事法治的传统和实践中得到了较大力度的体现，但是其寻求权力与个人之间的合作、妥协进而谋取“双赢”的原理却构成了现代刑事司法中柱石之一。在英美法系国家，这种原理在诉讼中也占据着重要的地位，有的几乎成为整个刑事司法体系的支撑点。在法治转型的今天，这一原理正在潜移默化地引导着中国的刑事司法体制嬗变。

在现代刑事法治领域，冲突已经不再主要展现为被告人与被害人之间的对立，而是表现为权力和权利之间的斗法。自首同样表现的不是被告人承担的责任与被害人之间利益的等同，而是司法权力如何对待自首的犯罪嫌疑人，二者在追求矫正正义的平台上如何达成妥协。冲突的双方通过让步达成协议，是由证实犯罪某种不确定性和危险性决定的。双方由于无法确切地预见自身期望结果的发生，而且清楚地知道那个与所期望的结果相反的结果意味着付出最为沉重的代价，这就为他们各自向对方作出让步以换取较低期望值的实现提供了条件，当然这种结果是在矫正正义允许的范围之内，是在双方认可的范围之内。

自首作为一种妥协性的规范，在司法解释的有关规定中更为明确。譬如，在如何认定为自动投案的问题上，司法解释规定：“并非出于犯罪分子的主动，而是经亲友规劝、陪同投案的；公安机关通知犯罪嫌疑人的亲友，或者亲友主动报案后，将犯罪嫌疑人送去投案的，也应当视为自动投案”。从上述规定可以发现，自动投案的基本特征在这里已经很难得到体现，“送去投案”的行为，被视为“自动投案”的行为，其理由在哪里？至少不是因为行为人的认罪悔罪情节，也不是行为人的主观自愿。恰恰相反，其可能是违背了犯罪嫌疑人的意志的，也可能是违背了犯罪嫌疑人积极追求的一种心理意向的。那么为什么能够作为自首的成立要件之一呢？这恐怕只能从妥协的角度来加以理解。实际上类似的妥协是常存的。《唐律》规定：“即遣人代首，若（及）于法得相容隐者为首及相告言者，各听如罪人身自首法。”[5]遣朋友

代为自首或遣近亲属（在法律上有容隐权的亲属）代为自首，无论是否违背犯罪行为人意志，近亲属告发到官甚至捕获送官（仅在应缘坐之罪及谋叛以上重罪时），均视同罪犯本人自首，减轻或免除处罚。在一脉相承的体系中，基本原理一直起支撑作用，我们可以从多个角度分析制度设立的背景，但是无可否认规定的交易性质，无法否认自首对于重罪的意义。与犯罪行为完全无关的犯罪嫌疑人亲友和司法权之间的这种约定实际上就是协助司法机关破获案件达到对于作为犯罪嫌疑人的亲友宽大处理的目的。于国家、于社会、于亲友、于法权、于人伦都得到协调，被害利益因为犯罪的查获而得到弥补。通过给与从宽的机会，司法机关的权力得到体现；通过妥协，犯罪嫌疑人的功利目的得到满足。

二、从口供的特征和意义看从宽的必然性

犯罪嫌疑人的供述——也就是一般所言的口供，在整个刑事案件的发展以及刑事正义的实现中具有至关重要的意义，因此口供才被称为证据之王，也正因为如此，人类刑法历史上曾经出现了不惜代价获取口供的苦难历史。以此为目的而创设的花样翻新、层出不穷的酷刑成为传统时代挥之不去的阴影。捶楚之下，刑法发展的历史混杂着无尽的冤屈，但这并非口供本身的错误。完全依赖口供是司法水平低下的展现，但并不能否定口供本身在证据中的地位。口供是证据之母，因为其为获得其他相关证据提供了最为直接的依据，为整个案件的破获最强有力的手段。尽管痕迹检验、尸体解剖、血液鉴定甚至DNA检测等尖端科技在刑事诉讼中的运用，但这些手段只带有特殊性特征，仍然无法撼动口供对于侦破的地位。而且随着犯罪手段和技术的推陈出新，犯罪的破获难度不断加大。现代刑事诉讼中赋予犯罪嫌疑人沉默权，目的在于禁止刑讯逼供，禁止非法手段获取口供，而不是禁止口供本身，著名的米兰达法则中在告知沉默权的同时也主张：“否则你所作的供词将可能成为不利的呈堂证供”。正是这种沉默权制度限制了警察违背犯罪嫌疑人、被告人的意志获取口供的权力，在合法的任意的情形下形成的口供，是完全基于自愿的，同时又是法定的，因而可以作为定罪证据。如果犯罪嫌疑人、被告人放弃沉默权而自愿陈述，那么这种情况下的口供就是基于本人意志自由而作出的，是可以证明案件真实情况的，可以作为证据采用。

自首作为一项法律明文规定制度，就象坦白一样并不是一种义务。但是自愿性是共同的特征，尽管这种自愿性往往带有环境的压力，但最终仍然是客观见之于主观的选择性结果。自首的这种自愿性后果决定了最终犯罪嫌疑人的陈述对于整个刑事案件的根本意义。在刑事诉讼中对于当事人的一些言词证据可以作出相应的交易，对于引起程序产生或者导致程序解决的自首没有理由不引起相应的交易。在有关司法解释中，自动投案被界定“在犯罪事实或犯罪嫌疑人未被司法机关发觉，或者虽被发觉，但犯罪嫌疑人尚未受到讯问、未被采取强制措施之前”。从其阶段性特征我们可以看到自首的根本意义：当司法机关没有发现犯罪事实，再谈寻找证据便显得十分可笑，而正是自首行为使得案件得以暴露，甚至轻松审结。如果说身陷囹圄的立功行为都可以找到从宽的理由，那末我们找不到任何对于自首不从宽的理由。不能因为其犯罪行为本身的性质而决定了其是否有资格享有从宽的待遇。

2005年4月7日，甘肃崇信县公安局副局长之子“衙内”王浩铭打死无辜少年崔磊一案宣判，王浩铭一审被判处死刑，缓期两年执行。宣判后，旁听席上一片愤怒声，听众纷纷质问像这样手段残忍、性质恶劣的杀人嫌疑犯为什么只被判死缓？针对这起案件，当地法院审理认为，王浩铭犯罪情节恶劣，后果严重，本应从严惩处，但其犯罪后，在尚未被司法机关发觉之前，被其父控制报案并交给接警后赶赴现场的公安人员，属自首，有“从轻”情节。[6]

此案判决涉及到杀人的手段、方式和对象，涉及到杀人偿命的价值观念，涉及到被告人的家庭背景等等，因而使得是否因自首从宽变成了争议极大的问题，有文章这样认为：“在一些地方，个别有家庭社会背景的凶杀犯往往把自首当成了‘免死金牌’。这些人在以残酷的手段行凶后，因为有这样那样的关系，

在媒体曝光不住罪事实后，靠着熟悉法律的人‘点拨’，采取自首的方式，以期变被动为主动，达到免死的处罚。这与精神病鉴定证明变成‘杀人执照’有‘异曲同工之妙’，自首正在逐渐被当成‘免死金牌’，逃避法律的严惩。其实，自首能不能成为‘免死金牌’，只要采用换位思考的方式，就知道这其中的不可行性。假如杀人的是农民的孩子崔磊，被杀的是公安副局长之子王浩铭，假如崔磊“杀死”王浩铭后也自首了，再看看崇信县法院会不会作出同样的死缓判决，就知道自首不大可能当成‘免死金牌’了。笔者认为，自首从轻处罚也好，减轻处罚也罢，前提必须是犯罪者的手段不残忍、受害者受到的伤害不是特别大、社会影响不恶劣，脱离了这样一个基本前提，随意把自首当作免死金牌，只能对社会构成潜在的不安定因素。”[7]法律作为一般性的规定，永远不可能不给特殊情形下的犯罪行为人留下出罪的机会，法外因素不是本文考察的内容，文章的结论却印证了当前刑法理论的误区。当前我国对于自首采取的得减政策确实为法官设定了自由裁判的领地，但是在哪种情况之下作出“从轻或减轻”的处理，法律文件并没有作出明确规定，刑法理论以及司法实践中一般认为：“可以”情节是指以应用情节为普遍，以不应用情节为例外。何种情况为例外，一般多倾向于严重犯罪为例外，如手段极其恶劣，后果极其严重，社会影响极大，等等。殊不知这种例外恰恰违背了自首设定的初衷。我们认为是否从宽决不能根据犯罪的性质来加以确定。从另外一个角度思考，越是重大的刑事案件，犯罪分子自首的，越具备从宽的理由，因为其使得一个重特大的刑事案件能够大白于天下，使得犯罪分子本人能够受到法律的追究，使得司法机关权力能够得到顺利的运作，使得法律对于社会的威信得到维护，使得犯罪给社会留下的阴影和威胁、恐慌得以解除。

于志刚先生在其《自首制度的类型重构及其立法创新》一文中曾将各国的自首制度归纳为单一类型的总则式立法设置、罪条式的分则型立法设置等。其中后者“也有的西方刑法学者将此种模式称为特别自首制度。详言之，自首制度并没有规定于刑法总则中，而是规定在分则中，仅适用于某些特定的犯罪。其特点是严格依照罪刑法定原则，行为人只有实施了分则条文明确规定的自首从宽处罚的犯罪，法官量刑时才可对其自首情节予以考虑。对哪些犯罪有自首规定，各国视国情规定不同，一般说来，这些犯罪属于那些在立法者看来危害性大的犯罪”。这样的立法规定和分析思路，显然与我们的观点相契合。在这样的前提之下，自首成为“免死牌”。成为重罪定性和判罚的缓和并无不可，更何况死刑本身就受到了较大的质疑。如果仍然将自首作为得减情节，可以考虑的范围应该是在犯罪分子主观自愿性程度的领域而不是罪行性质的领域。

美国联邦最高法院在桑托贝罗一案中，深刻认识到司法力量的局限性。明确表明了这样的立场：“如果每一项刑事指控均要经受完整的司法审判，那么州和联邦政府需要将其法官的数量和法庭设施增加许多倍”。不仅刑事审判如此，如果在整个刑事诉讼中以为追求实体的正义，没有必要的妥协，司法机关将面临着在实体正义面前无所作为，尽管现代科技手段的发达对于口供的要求相对轻松，但是其付出的成本和代价将是极其高昂的。所以尽管赋予沉默权，当事人的对于客观行为的承认仍然决定了当事人态度在诉讼活动中的重要地位。从这个意义上说，自首行为的实质、法律后果等在这方面与辩诉交易等具有类似性，与污点证人制度等等具有共同的效益基础。自首的存在使得司法权力以极其低廉的代价免去了权力职责的苦苦追求。也就是说，在有可能得不到“面包”的情况下，通过一种给与犯罪行为宽宥的方式获取“半块面包”，本身应该是司法权力乐于接受的事实，而不完全是犯罪分子乐于接受的事实。只将渴求的目光落在犯罪嫌疑人、被告人身上，是对自首制度的误读。

言词证据导致的刑事冲突的高效解决，使得权力高效履行其职责和使命，使得被害人及其相关人员的利益不会应为案件长期的湮没、悬挂而久拖不决甚至永无宁日。可以使被害人尽快地获得比较确定的抚慰和补偿的机会和方式。公正也许不是实质的公正，是一种妥协的公正，但是其总比迟来的或者说遥遥无期的公正更为确定和现实。此外，由于口供的证据魅力，由此产生了完整的链接，使得审判权、控诉权和辩

护权之间较为容易达成一致，使得对于证据、事实乃至法律等方面的认定容易形成共性基础，诉讼的效率明显提高。

法律给定之后，自首从宽应是自首行为人拥有的一项权利。正如前文所述，自首行为的主体可能会具备认罪、悔罪的心态，但是认罪悔罪并不是自首行为主体得以从宽处罚的依据。自首从宽处罚的依据在于自首主体行为实施犯罪行为之后对法律权威性的一种尊重或者说为谋求从轻处罚而按照法律规定试图与国家达成的契约。从国家作为刑罚权的主体而言，是国家为了发现犯罪、降低司法成本而赋予犯罪行为人的一项权利会处遇，是刑法谦抑原则和刑罚效益最大化的必然要求，是刑法个别化要求的必然结果。有些学者指出，自首从宽处罚是刑法的罪责相适应原则的基本要求。就一般形式而言，其是合乎逻辑的结果，但是仔细对二者进行分析，其与罪责刑相适应原则并不是完全统一的。许多学者力争在罪责刑相适应原则与刑法的谦抑要求之间发掘到一个平衡的支点，力图说明实定刑法的包容性。诚然，其可以在某些方面得以说明，但是无法回避的是，罪责刑相适应原则与刑法的谦抑要求之间并不是在任何时候均并行不悖的。罪责刑相适应原则是已然之罪与未然之罪的平衡问题，是以犯罪分子的行为与恶性为依据决定刑罚轻重。刑法的谦抑要求是刑法的成本与刑法的收益的平衡的问题，是国家从动用刑罚的成效的角度考察的。以自首行为进行分析，自首并不直接表现为罪责刑相适应的结果。因为自首不代表悔罪，因此对于主观恶性的大与小、有与无不具有直接的说明性。所以对于行为人的未然之罪而言，不具有直接的预防功能。而自首宽宥自然难以直接同罪责刑相适应原则具有一致性。但自首与刑法的谦抑要求则是相通的。原因在于自首行为降低了刑罚司法成本，有利于刑罚效益最大化目标的实现。从这个角度上说，印证了自首的法源是国家与自首行为主体之间权利与义务关系的一种设定。

三、政策的逻辑决定了自首并非落足于对行为性质的认识

在犯罪学中，犯罪与刑法的关系一直是无法回避的问题。当前人们往往以刑法的条款来作为界定犯罪的尺度，刑事违法性成为犯罪的主要特征，有些理论甚至将其作为主要特征。批判主义法学认为以刑法为依据界定犯罪实际上是树立官方的绝对性，因为没有人会将自己轻易作为罪犯。“官方的犯罪定义无视白领阶层、大型公司、政府官员以及犯罪集团的犯罪活动，严重歪曲了犯罪事实。”^[8]如果这一角度看待犯罪，则自首作为一种从宽的理由更为充足。因为此时犯罪已经脱去了对于社会的危害，成为国家的一种纯粹权力行为，自首作为一种对于犯罪的妥协，同样也是一种权力行为，相应的结果便是作为一种对价——“接受审查和裁判”。刑法教科书以及刑法理论中一度将犯罪分子是否“接受审查和裁判”视为自首的成立要件之一。随着97年刑法的修订，司法解释明确将一般自首区分为两个构成要件之后，“接受审查和裁判”的说法基本上销声匿迹。我们认为这是一个认识问题。首先是对成立要件的标准问题的认识，其次是对自首实质的认识问题。自首固然是国家的一项法律制度，但其政策性特征十分明显，这是国家的一种有限性、功利性的一种选择，是一种矫正正义的实现方式。政策的对价是对当事人从宽处理，政策的底线是犯罪嫌疑人、被告人“接受国家审查和裁判”。“接受审查和裁判”固然没有直接表述在刑法条文和司法解释中，但是这是自首存在的基本前提，“自动投案”一词已经包含着强烈的价值取向，即犯罪嫌疑人承认国家执行刑罚权的合法性，承认国家审查权和裁判权的正当性。也就是说，接受审查和审判是自首的基本前提，如果无意接受国家的审查和审判，自首成为无源之水、无本之木。自首的主观自动性也失去了存在的根基。司法解释虽然形式上与法典的规定达成了一致，但是实质上仍然体现了“接受国家审查和裁判”的实质，因为一方面是概念本身的因素，更重要的是其通过解释条款进行了实质肯定。“犯罪嫌疑人自动投案后又逃跑的，不能认定为自首”，这是“接受审查”的直接流露；“犯罪嫌疑人自动投案并如实供述自己的罪行后又翻供的，不能认定为自首，但在一审判决前又能如实供述的，应当认定为自首”，这

是“接受裁判”的直接流露。

需要说明的是，“接受国家审查和裁判”是一种客观行为的表现，并不意味着犯罪嫌疑人主观恶意的减少，将二者等同视之，是法权不负责任的体现，是显失公平的行为。恰恰相反，自首更多表现为一种客观行为，而对恶意减少的要求更多表现为一种对心理态度查究。从这个意义上说，“接受国家审查和裁判”与“如实供述自己罪行”是互补的，也就是说二者首先都表现为行为主体的客观行为，而不是行为主体的客观方面，司法实践一般多从自首的主观态度入手加以论述和展开，基础在于自首与其他的刑罚规范相比，更多地带有行为主体的色彩。由此从行为主体认罪悔罪的角度出发，将自首仅仅视同为犯罪主体的一种主动选择，而不是从国家的宽宥的刑事政策性的角度进行考虑，甚至将自首的合法性与合理性的法源规定为行为主体的认罪悔罪因素。这是对自首法源性认识的误差。

自首更多地作为客观行为而不是行为主体的主观内容。认罪、悔罪的本质在于行为人对行为方式、后果以及行为恶性本身的一种内省的心理态度，对于自我的一种否定。这种内省既包含了对行为方式、后果的重新审视，也包括对行为的价值标准的否认。这种内省固然可以作为宽宥的情节，但却不是自首制度考察的内在因素。落实到具体构成要件之中，其呈现为一种对行为的评价。行为主体的主观心态不能也不应该成为自首的主观要件。在司法实践的个案中，行为主体在自首时，应该允许犯罪嫌疑人对于自己的行为性质尤其是法律性质存在认识错误，毕竟这是专业人士的专业活动。只要如实交代行为本身就足够了，并不一定甚至根本就没有任何忏悔的表示，而是对于法律权威性的尊重。或者本身并没有罪恶的观念，只是希冀通过自首获得法律的一种宽免，甚至在某些情形之下带有非自愿的因素。总之，行为主体认知的复杂性与多元性，都决定了自首作为一项行为的制度体现，在多数场合下与行为主体的主观心理态度是分裂的，性质认识因素不应成为自首认定的标准或者推翻自首的标准。

如实供述自己罪行，是指犯罪嫌疑人自动投案之后，如实交代自己的主要犯罪事实。依照刑法与相关司法解释的精神，犯罪嫌疑人仅仅如实供述所犯数罪中的部分犯罪的，仅仅如实供述部分犯罪的行为，认定为自首。共同犯罪案件中的犯罪嫌疑人，还应当供述所知的同案犯，主犯则应当供述所知的其他同案犯的共同犯罪事实，才能认定为自首。翻供后但在一审判决之前又能如实供述的，仍然应当认定为自首。我们认为，规定中的“主要犯罪事实”、“部分犯罪行为”、“同案犯”、“共同犯罪事实”等都是一种客观的表现。概念中的“犯罪”字眼只是一种法律规范用语，因为实体法是以最终结果作为基准的，而不是从实体角度来加以论述的。否则“犯罪行为人”、“犯罪分子”、“犯罪行为”将成为具有逻辑矛盾的概念。其次，行为性质是一种法律最终的评价，而当事人的角色与具有对行为的法律性质的专业认知之间是没有逻辑演绎关系的，要求当事人认罪无异于将犯罪嫌疑人的法律知识等同于专业的审查者和审判者，等同于深谙法律的人，这与自首的法源性基础是不相一致的。作为一种交易的方式，行为人供述了自身的罪行意味着国家司法成本的节约。将行为人的心态的承认以及对犯罪性质的承认纳入如实供述的范围是不合理的，是对被告人的自我辩护权利的剥夺，结果是交易的规则被破坏，国家的刑罚权从总体而言无法真正实现。

应该看到上述立论与现实中自首认定的结论存在出入甚至相去甚远。司法实践中自首的认定往往在经意与不经意之间将行为主体的性质意识心态考察得十分周密甚至成为心证的重要标准。其结果使得自首的外延受到较大限制。将否定认罪作为自首的法源让司法者接受似乎勉为其难。但这却是不得不提出并解决的。尤其是在法定犯大量增生的今天，作为主观认定，与悔罪并不存在区别。罪犯不是熟知法律的人，因此自首要件抛却主观对罪的认知是必然的。自首仅仅是对行为的自首，行为主体不应对行为性质——罪与非罪、此罪与彼罪、重罪与轻罪承担认可义务。

总之，自首是国家刑罚制度的规定，是一定刑罚价值观念的体现，是一种政策的现实化，是一种公正

和效率的结合，其重心不是主体的行为态度而是刑法对行为主体行为的一种价值观念角度的评价。作为一项制度基于人本性的考察是一方面，从国家的刑事政策出发是制度制定的主流，权力的协调和人道化是现代性制度的必然包含因素，这实际上是对单边冲突的一种和谐化，是当前我国刑事法中需要发掘和展拓的重要内容之一。

[1]鲁嵩岳：《〈慎刑宪〉点说》，法律出版社1998年版，第37页。

[2]《Oxford Advanced Learner's Dictionary of current English》中对justice的解释中以为，其有含义为“recognize the true value of sb.(sth.)”。

[3] [英]哈耶克著，邓正来等译：《法律、立法与自由》（第2卷），中国大百科全书出版社2000年版，第126页。

[4] [美]约翰·罗尔斯著，何怀宏等译：《正义论》，中国社会科学出版社1988年版，第3页。

[5]《唐律疏议·名例五》

[6] 2005年4月8日《兰州晨报》。

[7] 2005年4月11日《南国早报》。

[8] William Chambliss, “Toward a Radical Criminology” in (David Kairys Ed.) The Politics of Law: A Progressive Critique (1982), pp.231.

（孙万怀系华东政法学院副教授、法学博士，苏惠渔系华东政法学院教授，中国法学会刑法学研究会顾问）

更新日期：2006-10-30

阅读次数：616

上篇文章：犯罪客体重合性罪数标准的倡导（上）

下篇文章：刑事廉政法治台议

 打印 |  关闭

 TOP